

Bullard Falla Ezcurra +

“Los nuevos ‘perseguidos’ del Derecho de la Competencia”, por Eduardo Quintana, Socio

Lo ocurrido este año demuestra que INDECOPI ha decidido tratar con mayor severidad a los ejecutivos de empresas que incurrir en prácticas de cartel. En efecto, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha emitido dos resoluciones que llaman la atención no sólo por las elevadas multas impuestas a las empresas consideradas infractoras, sino también por sancionar a varias personas naturales que se desempeñaron como funcionarios de alta dirección o de mando medio de tales empresas.

De un lado, se tiene la resolución emitida hace pocos días sancionando a siete funcionarios de tres comercializadoras de GLP con un total de 155.98 UIT (esto es, S/. 631,719), además de sancionar a las referidas empresas con un total de 18,184.21 UIT (es decir, S/. 73'646,049.04). Cabe mencionar que en este caso se ha impuesto, por primera vez en la historia del INDECOPI, la máxima multa posible a un funcionario de una empresa infractora (100 UIT)¹. De otro lado, se tiene la resolución emitida en el primer trimestre del año sancionando a catorce funcionarios de dos productoras de papel higiénico con un total de 279.84 UIT (S/. 1'133,352), además de sancionar a las mencionadas empresas con un total de 68,111.42 UIT (lo que equivale a S/. 275'851,251)².

La tipificación de este tipo de conductas como ilícito penal ha sido la forma habitual de mostrar la voluntad de perseguir la responsabilidad individual de los ejecutivos. En Estados Unidos existe pena de cárcel de hasta 10 años por tales conductas. Lo mismo sucede en algunos países europeos, como Irlanda y Francia donde la pena por participar en carteles puede ser de hasta 10 años o 4 años de cárcel, respectivamente³. En el Perú existió hasta el 2008 un delito por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, y el año pasado se intentó volver a tipificar la concertación de precios o la realización de cualquier otra práctica contra el libre mercado como delito sujeto a pena no menor de dos ni mayor de cinco años de cárcel⁴.

Sin embargo, todo indica que la tendencia actual es dirigir la atención de las agencias de competencia a perseguir y sancionar administrativamente (o penalmente de ser el caso) a los ejecutivos, como principales agentes infractores junto con las empresas para las que trabajan. A continuación algunos ejemplos manifiestos.

La Fiscal General Adjunta del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió un polémico y sonado documento en setiembre del 2015 (conocido como el Memorandum Yates) haciendo un llamado explícito para concentrar los esfuerzos de investigación y eventual sanción de comportamientos empresariales ilegales, incluyendo las prácticas anticompetitivas, mediante la persecución de los ejecutivos o funcionarios de las empresas. En este documento se lee lo siguiente: *"Una de las maneras más efectivas de combatir el mal comportamiento empresarial es haciendo rendir cuentas a las personas que lo perpetraron. (...). Tanto los abogados penales como los civiles deben enfocarse en las irregularidades individuales desde el comienzo de cualquier investigación de mal comportamiento corporativo. Al enfocarnos en construir casos contra infractores individuales desde el inicio de una investigación, logramos metas múltiples. Primero, maximizamos nuestra capacidad para descubrir el mal comportamiento corporativo en toda su extensión. Debido a que una corporación solo actúa a través de individuos, la investigación de la conducta de las personas es la manera más eficiente y efectiva de determinar los hechos y el alcance de cualquier conducta corporativa indebida. Segundo, al enfocar nuestra investigación en las personas, podemos aumentar la probabilidad de que las personas con conocimiento del mal comportamiento corporativo cooperen con la investigación y proporcionen información en contra de las personas de mayor*

¹ Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI 18 de diciembre de 2017.

² Resolución 010-2017/CLC/INDECOPI, del 2 de marzo de 2017.

³ Marco Slotboom. "Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield". April 25, 2013.

⁴ Propuesta legislativa 731/2016, Ley que Protege a los Consumidores de la Concertación de Precios y Conductas Anticompetitivas, presentada el 5 de diciembre de 2016 por el congresista Juan Carlos Gonzales.

*jerarquía corporativa. Tercero, al centrarnos en las personas desde el comienzo de una investigación, maximizamos las posibilidades de que la resolución final de una investigación que descubra la conducta indebida incluya cargos civiles o penales no solo contra la corporación, sino también contra individuos culpables*⁵.

El Parlamento Europeo manifestó un razonamiento equivalente en su Informe Anual sobre la Política de Competencia de la Unión Europea de diciembre de 2015, señalando que: "29. *Opina que las normas vigentes en materia de multas a personas jurídicas en caso de infracción deben completarse con sanciones concomitantes contra las personas físicas responsables; considera que las multas deben ser de la cuantía suficiente para tener un efecto disuasorio; subraya la importancia de una política eficaz de protección de denunciantes de irregularidades, que ha permitido a la Comisión detectar carteles*"⁶.

La tendencia hacia la persecución de la responsabilidad individual puede extenderse también a la inhabilitación de los ejecutivos para ejercer la dirección o gestión de empresas. Por ejemplo, desde el 2003 existe en Inglaterra la posibilidad de ordenar que el director de una empresa que participó en un cártel sea inhabilitado hasta por 5 años para desempeñarse en el futuro como director de cualquier compañía⁷. No obstante, es sintomático que recién en diciembre de 2016 la *Competition and Markets Authority* (CMA) hiciera público que solicitó y obtuvo de las Cortes la primera orden de inhabilitación en su historia. El Director Ejecutivo de la CMA señaló al respecto: "*La responsabilidad de asegurar que las compañías no incurran en prácticas anticompetitivas ilegales es muy importante y los directores de empresas no deben eludir esa responsabilidad. La comunidad empresarial debe tener claro que la CMA continuará observando la conducta de los directores de las empresas que han infringido la ley de competencia y, en su caso, estamos absolutamente preparados para usar este poder nuevamente*"⁸.

Si se piensa que estas medidas están lejanas de la realidad peruana, vale la pena mencionar que el marco legal de Bolivia permite inhabilitar a las personas naturales infractoras de las normas de libre competencia para el ejercicio de la actividad mercantil hasta un máximo de 2 años⁹; y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP) boliviana no ha dudado en ejercer esta facultad, por ejemplo sancionando a 22 ejecutivos de una empresa que incurrió en prácticas anticompetitivas con 60 y 90 días de inhabilitación¹⁰.

Es en este contexto que puede entenderse el ímpetu sancionador de ejecutivos que no se había visto antes en INDECOPI, siendo lo más probable que se mantenga en el futuro, pues -estemos de acuerdo o no- la tendencia internacional es a perseguir la responsabilidad individual de los ejecutivos que llevan a las empresas a incurrir en prácticas anticompetitivas o que omiten impedir que lo hagan.

⁵ Sally Yates, Deputy Attorney General: "Individual Accountability for Corporate Wrongdoing" (9 de setiembre de 2015). Ver: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (visitada el 23 de diciembre de 2017). Traducción libre.

⁶ Ver: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0368+0+DOC+PDF+Vo//ES> (visitada el 23 de diciembre de 2017). Traducción libre.

⁷ Ver: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf (visitada el 26 de diciembre de 2017).

⁸ Ver: <https://www.gov.uk/government/news/cma-secures-director-disqualification-for-competition-law-breach> (visitada el 26 de diciembre de 2017). Traducción libre.

⁹ Artículo 19 del Decreto Supremo N° 29519, 16 de abril de 2008.

¹⁰ Resolución Administrativa 0122/2013 (20 de diciembre de 2013). Ver: http://www.la-razon.com/economia/Aemp-inhabilita-ejecutivos-CBN-desempenar_o_1989401082.html (visitada el 26 de diciembre de 2017).